Das Wesen des Baugeldervertrages.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Johannes Strzybny

z. Z. Referendar am Kgl. Landgericht zu Oels i. Schl.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Herb. Meyer.

Meiner Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. Einleitung 1
B. Das Wesen des Baugeldervertrages 2
§ 2. Allgemeine Begriffsbestimmung 2
§ 3. Rechtliche Konstruktion 3
a) pactum de mutuo dando oder konsensualer Darlehnsvertrag? 3
b) Real- und Konsensualtheorie hinsichtlich des Darlehns . . 4
c) Der Darlehnsvertrag als Realkontrakt 8
d) Möglichkeit eines konsensualen Darlehnsvertrages 12
e) Der Baugeldervertrag ein konsensuales Darlehnsverhältnis 14
f) Die Gegenseitigkeit des Baugeldervertrages 16
§ 4. Inhalt des Vertrages nach den wesentlichen Besonderheiten zusammengefaßt und dargelegt 18
a) Die Art der Darlehnszahlung und die Verpflichtung zur Kapitalshingabe 19
b) Die Zweckbestimmung des Baudarlehns und die damit verknüpften Rechte und Pflichten 21
1. Die zweckentsprechende Verwendung des Baukapitals 21
2. Die Baugelderhypothek 22
3. Die Zins- und Provisionszahlung 27
c) Das besondere Vertrauensverhältnis und die Rechtsfolgen 28
1. Die Unzulässigkeit des Personenwechsels 28
2. Die Frage der Zedierbarkeit der Baugelderraten . . . 30
3. Die Frage der Pfändbarkeit 33
§ 5. Die Rechtsstellung der Kontrahenten gegenüber dritten Personen 34
§ 6. Fällt der Baugeldervertrag unter die im § 17 KO. bezeichneten Verträge? 35
a) Der Begriff der Gegenseitigkeit 35
b) Welche Verträge fallen im allgemeinen unter den § 17 KO.? 37
c) Fällt insbesondere der Baugeldervertrag unter den § 17 KO.? 38

Literaturverzeichnis.

I. Lehr- und Handbücher.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Kritische Blätter.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
Dernburg, Das bürgerliche Recht.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht.
Förster-Eccius, Das preußische Privatrecht.
Jaeger, Konkursordnung.
Kober-Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Kohler, Konkursrecht.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
v. Sarwey-Bossert, Konkursordnung.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten.
v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts.

II. Abhandlungen und Monographien.

Dr. Abraham, Monatsschrift für Handelsrecht. 14. Jahrg. S. 273.
Affolter, Das verzinsliche Darlehn. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26.
Brachmann, Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners.
Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte.
Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrages. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 71.
Demelius, Realkontrakte im heutigen Recht. In den Jahrbüchern für Dogmatik (III).
Deschamps, Deutsche Juristenzeitung. 10. Jahrg. S. 903.
Du Chesne, Blätter für Rechtspflege. 18. Jahrg. S. 49.
Eisele, Über Realkontrakte. In der Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd. 25 (neue Folge III).
Fourmann, Das pactum de mutuo dando. Erlanger Diss.
Friedländer, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. S. 195, 514.
Heilborn, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit. 6. Jahrg. S. 612.
Keutner, Rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge. Diss. Erlangen 1899.
Kohler, Das Konsensualdarlehn. Im Archiv für bürgerliches Recht II.

Krahmer, Gegenseitige Verträge.
Schäfer, Der Darlehnsvorvertrag. Diss. Freiburg i. B. 1902.
Schloßmann, Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogen. Realkontrakte. In Jherings Jahrbüchern Bd. 9.
Tödter, Die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den gegenseitigen Vertrag. Diss. Erlangen 1899.
Unger, Realkontrakte im heutigen Rechte. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 8.

III. Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd. 32 S. 364, Bd. 37 S. 336, Bd. 38 S. 308, Bd. 40 S. 275, Bd. 45 S. 1, Bd. 51 S. 115.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. 41. Jahrg. Nr. 89.
Seufferts Archiv Bd. 57 Nr. 185.

A. Einleitung.

Der Baugeldervertrag, auch Baugelddarlehn genannt, ist ein Produkt des modernen Wirtschaftlebens. Ursprünglich mit allen Schwächen einer noch unerprobten wirtschaftlichen und rechtlichen Institution behaftet, eine Vertragsform, die nicht allzu selten skrupellosen Terrainspekulanten zur Betätigung ihrer Absichten diente, ist der Baugeldervertrag durch die Verkehrsentwicklung schließlich dahin gestaltet worden, daß er seiner schlimmsten und für die beteiligten Kreise gefährlichsten Härten entkleidet worden ist. Gleichwohl ist der Baugeldervertrag, der in seinen Rechtswirkungen schon wiederholt Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen, nicht zuletzt des Reichsgerichts, gewesen ist, durch ein besonderes Reichsgesetz noch gar nicht geregelt und auch von der Wissenschaft bis jetzt wenig beachtet worden. Allerdings befassen sich die „Entwürfe des Reichsjustizamts vom Jahre 1907 betr. des Schutzes von Bauforderungen", die inzwischen auch am 1. 6. 1909 in mehr oder weniger abgeänderter Fassung als das „Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen", jedoch nur in dem Abschn. 1, in Kraft getreten sind, während der Abschn. 2, der umfangreichste Teil des Gesetzes, zu seiner Einführung noch des Erlasses von landesherrlichen Verordnungen bedarf, mit dem Baugelddarlehn, aber auch hier nur nebensächlich, im allgemeinen das Bekanntsein des Wesens voraussetzend und nur speziell den Zweck des Vertrages betonend. Nur einige Normen haben rein materiellrechtliche Bedeutung und greifen unmittelbar in das Recht des Baugeldervertrages ein. Insoweit dies nun geschieht und eine Veränderung bezw. Präzisierung der durch Praxis und Rechtsprechung gewonnenen Normen des Baugeldervertrages zur Folge hat, ist nicht verfehlt worden, die bei dem Inkrafttreten des Gesetzes v. 1. 6. 1909 bereits zum größten Teil fertiggestellte Abhandlung nach dieser Richtung umzugestalten.

B. Das Wesen des Baugeldervertrages.

Wenn wir nunmehr zur Beantwortung der Frage: „Worin besteht das Wesen des Baugeldervertrages“ übergehen, so ist es u. E. dazu nötig, von einer allgemeinen Begriffsbestimmung ausgehend, zunächst die rechtliche Konstruktion des Vertrages festzulegen und alsdann den wesentlichen Inhalt, seine charakteristischen Besonderheiten zu bestimmen.

§ 2.
Begriff.

Der Baugeldervertrag besteht darin, daß sich der Baukapitalist als der eine Kontrahent verpflichtet, ein Baukapital zwecks Errichtung eines Baues zu leisten, wogegen der Bauherr als Darlehnsnehmer die Verpflichtung übernimmt, das Baugeld in zweckentsprechender Weise zur Bauaufführung zu gebrauchen. Das von dem Kapitalisten geleistete Geld stellt sich aber nur dann als „Baugeld“ im Sinne des Gesetzes dar, wenn es neben der Zweckbestimmung eine dingliche Sicherung erhält. Der § 1 Abs. 3 des Ges. v. 1. 6. 1909 besagt nämlich: Baugeld sind Geldbeträge, die zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues in der Weise gewährt werden, daß zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek, Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstücke dient oder die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen soll“. Demnach ist ein Darlehn, das zur Bestreitung der Kosten des Baues gegen andere Sicherheiten, wie Wechsel, Bürgschaft usw., gegeben wird, in diesem Sinne kein „Baugeld“. Ferner ist zu folgern, daß die ratenweise Zahlung des Kapitals, die von der Literatur und Rechtsprechung im Anschluß an die Praxis als Begriffsmerkmal des Baugelddarlehns aufgenommen worden ist, für den Begriff des „Baugeldes“ nicht mehr unbedingt erforderlich ist. Immerhin wird es auch weiterhin aus naheliegenden, praktischen Gründen jedem Baugeldervertrag eigentümlich sein, daß das Kapital in

einzelnen fortlaufenden Raten nach Maßgabe des fortschreitenden Baues, bei dessen Errichtung der Bauherr bestimmte Normen einzuhalten hat, fällig wird. Als Entschädigung für die Kapitalsüberlassung erhält der Kreditgeber nicht bloß Zinsen und, wie erwähnt, zwecks Sicherheit die sofort einzutragende Hypothek, die sogen. Baugelderhypothek, sondern auch eine Provision, die üblicherweise von vornherein von der Baukapitalsumme in Abzug gebracht wird (ausführlicher unter § 4).

§ 3.

Rechtliche Konstruktion.

Wie schon diese Begriffsbestimmung, sowie auch der Name Baugelddarlehn erkennen lassen, ist der Baugeldervertrag ein Kreditgeschäft von besonderer Art, eine Art Darlehnsversprechen. Wollen wir zunächst die rechtliche Konstruktion des Vertrages behandeln, so kommen für den Baugeldervertrag als ein Darlehnsversprechen offenbar nur zwei Möglichkeiten in Betracht. Es entsteht die Frage: Ist der Baugeldervertrag wirklich, wie zumeist angenommen wird, ein pactum de mutuo dando, ein Darlehnsvorvertrag, oder aber liegt in ihm ein Fall des sogen. Konsensualdarlehnsvertrages vor?

a) Pactum de mutuo dando oder konsensualer Darlehnsvertrag?

Zur Untersuchung dieser Frage ist es erforderlich, eine der umstrittensten Kontroversen des Zivilrechts in Kürze zu berühren, nämlich die Frage, ob das Darlehn heute noch ein Realkontrakt, oder aber ein Konsensualvertrag ist, und damit zugleich die Frage — diese steht ja mit der erstgenannten im inneren Zusammenhange —, ob das pactum de mutuo dando nicht schon selbst einen Darlehnsvertrag bildet. Nur so, wenn wir uns über die Grundlagen Klarheit verschaffen, glauben wir in verständlicher Weise zu der rechtlichen Form des Baugeldervertrages Stellung nehmen zu können. Der Baugeldervertrag wird also zumeist der Konstruktion nach für einen Darlehnsvorvertrag angesehen, für einen Vertrag, der erst auf den Abschluß des Hauptvertrages

hinzielt. So halten ihn für einen Darlehnsvorvertrag unentwegt fest Deschamps,[1]) ferner Heilborn[2]) und schließlich auch Friedländer,[3]) der ihn allerdings für keinen gewöhnlichen Vorvertrag und wohl in dieser Hinsicht für ein pactum sui generis hält. Das Reichsgericht entscheidet nicht speziell in dieser Hinsicht, scheint aber nicht auf dem Standpunkte des Vorvertrages, sondern auf dem des konsensualen Darlehnsvertrages bezüglich des Baugelddarlehns zu stehen, wie dies aus der Entscheidung über die Frage der Zedierbarkeit der Baugelderraten in der RGE. Bd. 38 S. 311 unter Hinweis auf die RGE. Bd. 32 S. 364 zu ersehen ist.[4]) Wir sind nun der Ansicht, daß der Baugeldervertrag durchaus nicht mit Notwendigkeit ein Darlehnsvorvertrag sein muß. Er kann vielmehr — unseres Erachtens wird dies sogar gewöhnlich der Fall sein — schon der Darlehnsvertrag selbst sein, in welchem Falle er dann als ein sogen. konsensualer Darlehnsvertrag rechtlich in die Erscheinung treten würde. Also Darlehnsvorvertrag oder konsensualer Darlehnsvertrag?

b) Real- und Konsensualtheorie bezüglich des Darlehns.

Wenn wir nunmehr bei dem Eingehen auf die rechtliche Natur des Darlehnsvertrages zunächst das römische Recht in Kürze streifen wollen, so ging dieses von der Grundauffassung aus, daß Obligationen nicht durch nudum pactum begründet werden können. Das nudum pactum war unverbindlich, unklagbar. Um einen klagbaren Vertrag herzustellen, war es erforderlich, daß bei jedem Rechtsgeschäft zu der Willenserklärung ein anderes Moment hinzutrat, eine causa civilis. Solcher causae civiles kannte das römische Recht vier, res, literae, verba und ausnahmsweise consensus. Im letzten Falle reichte demnach die formlos erklärte Willenseinigung als causa civilis aus. Man unterschied daher Literal-, Verbal-, Konsensual- und Realkontrakte. Im gemeinen Rechte trat an die Stelle des römischen

[1]) DJZ. 10. Jahrg. S. 903.
[2]) Zentralbl. f. freiw. Ger. 6. Jahrg. S. 612.
[3]) Seufferts Bl. f. RA. S. 195, 514.
[4]) vgl. JurW. 1902 S. 143.

Formzwanges das Prinzip der Formlosigkeit der Verträge. Der Konsens genügte zur Klagbarkeit der Verträge. Ebenso wie nun Verbal- und Literalkontrakte unpraktisch wurden, glaubte man vielfach auch die Realverträge zu einfachen Konsensualverträgen machen zu können, namentlich dann, wenn den einzelnen Realverträgen eine verbindliche Vereinbarung, also dasjenige, was gewöhnlich als pactum de mutuo dando, Darlehnsvorvertrag bezeichnet wird, vorausging. Diese Ansicht wurde wohl zuerst von Heise in seinem „Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts" (Heidelberg 1807) aufgestellt, und ihm folgten in der Verwerfung der Realkontrakte Dankwardt,[1]) Keller,[2]) Demelius[3]) u. a., neuerdings insbesondere Kohler.[4]) Hiergegen erhob sich naturgemäß viel Widerspruch, mit dem größten Erfolge wohl von seiten Degenkolbs[5]) und Eiseles,[6]) die insbesondere für die Realkontraktsnatur des Darlehnsvertrages und die Existenzberechtigung des Darlehnsvorvertrages eintraten.

Was nunmehr den Begriffsinhalt des Darlehnsvertrages anbetrifft, so besteht er nach altem und neuem Recht in der Hingabe vertretbarer Sachen gegen die Verpflichtung, das Empfangene in gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst enthält keine Definition des Darlehns, „da sich, wie die Motive[7]) sagen, der Rechtsbegriff des Darlehns im Rechtsleben so eingebürgert hat, daß eine Definition entbehrlich scheint". Diese Annahme der Motive ist nicht unbegründet; denn auch zwischen den Anhängern der Real- und Konsensualtheorie besteht eine Differenz nicht in der Auffassung des Rechtsbegriffs. Sie betrifft lediglich das rechtliche Zustandekommen, die rechtliche Konstruktion des Darlehns.

Die Realtheorie geht nun dahin, daß zum Zustandekommen

---

[1]) Nationalökonomie und Jurisprudenz (1857—59).
[2]) Pand. 1862.
[3]) Realkontrakte im heutigen Rechte, in Jherings Jahrb. 1859.
[4]) a. a. O.
[5]) Arch. f. ziv. Prax. 1887: „Der Begriff des Vorvertrages".
[6]) Zeitschr. f. schweiz. R. 1884: „Über Realkontrakte".
[7]) Mot. Bd. 2 S. 307.

des Darlehnsvertrages außer dem Konsense die Hingabe der res essentiell ist, durch die erst dann die Restitutionspflicht des Kreditunternehmers entsteht. Von dem Verhältnis zwischen res und consensus, das nach Storch dem zwischen Leib und Seele, Substanz und Geist ähnelt, sagt Eisele,[1]) daß es an sich richtig sei, den Realvertrag, insbesondere das Darlehn als eine Mischung aus zwei Vertragsgattungen, aus einem dinglichen und einem obligatorischen, anzusehen. Allerdings dürfen nach seiner Meinung die Verträge nicht als selbständige gedacht werden, weder so, daß der obligatorische Vertrag als Grundlage angenommen wird, zu dem der dingliche Vertrag um der Klagbarkeit willen hinzukommt, noch so, daß man die datio, den dinglichen Vertrag als die Grundlage ansieht, zu dem die obligatorische Wirkung in Form eines modus hinzukäme. „Vielmehr kann", so führt er weiter aus, „hier nur von Bestandteilen oder Elementen eines einheitlichen Geschäfts die Rede sein, die zueinander in dem Verhältnis von Zweck und Mittel stehen. Und wie der Zweck herrscht und das Mittel dient, so ist es ganz notwendig, daß das einheitliche Geschäft seinen juristischen Charakter von demjenigen Bestandteil erhält, welcher die Stellung des Zweckes hat, daß es ein obligatorisches Geschäft ist, eben der Realkontrakt."

Die Konsensualtheorie steht hingegen auf dem Standpunkte, daß der Vertrag lediglich durch den Konsens begründet wird. Die Hingabe geschieht darnach bereits solvendi causa, nicht contrahendi causa. Die Rückgabepflicht ist aber schon auf den Konsens zurückzuführen, und die Hingabe ist nur als notwendige Voraussetzung der unbedingten Rückgabepflicht, als die conditio exsistens für die Rückzahlung der Darlehnssumme anzusehen. Demelius,[2]) der die römischen Realkontrakte vollständig verwirft, äußert sich nach dieser Richtung dahin, daß heutzutage die Hingabe immer und ausschließlich Erfüllung sei, zwar nicht Erfüllung einer vorausgehenden Schuld in dem Sinne, daß zwischen Begründung und Lösung ein zeitlicher

---

[1]) a. a. O. S. 13.
[2]) a. a. O. S. 403.

Zwischenraum existierte, aber doch Erfüllung einer Verbindlichkeit, die nach dem Vertragswillen in demselben Augenblick übernommen und gelöst werde. Die Hingabe begründet daher nach seiner Ansicht nicht die Schuld, sondern „man sieht aus dem Geben und Annehmen, wie die Parteien darüber einig sind, daß jeder etwas leisten soll, der eine hingeben, der andere wieder hergeben oder etwas anderes dafür geben. Das eine geschieht sogleich, das andere soll später geschehen. Die Hingabe ist schon Ausführung des Vertragswillens, der aber vielleicht gerade erst aus dieser Äußerung zu erkennen ist".

Die Konsensualtheorie leugnet darum auch die Möglichkeit des pactum de mutuo dando. Von ihr wird der Darlehnsvorvertrag schon für den Darlehnsvertrag selbst gehalten, mit der Wirkung, daß von beiden Seiten nicht erst auf Vertragsabschluß, sondern auf Vertragserfüllung geklagt werden muß. Die Realtheorie betont hingegen die Existenzmöglichkeit und Existenzberechtigung, wie überhaupt aller pacta de contrahendo, auch in Anwendung auf Konsensualverträge, so insbesondere des pactum de mutuo dando, das lediglich den Anspruch auf Abschluß des Darlehnsvertrages gewährt (nicht etwa auch einen Anspruch auf Leistung des Interesses, wie es Brinz, damit ziemlich allein bleibend, behauptet). Grundlegend sind nach dieser Richtung hin die Ausführungen Degenkolbs,[1]) dem es unseres Erachtens nachzuweisen gelungen ist, daß der Vorvertrag als Sicherungsgeschäft keine tote Schulfigur, sondern „lebendige Wirklichkeit" ist.

In der Mitte zwischen der Real- und Konsensualtheorie stehende Meinungen vertreten schließlich den Standpunkt, daß ein konsensualer Darlehnsvertrag nur dann vorliegt, wenn ihm ein Darlehnsvorvertrag vorausgeht, z. B. Schloßmann,[2]) der diese seine Ansicht in überaus scharfsinniger Weise begründet. Nach Unger[3]) ist nur das unverzinsliche Darlehn ein Realkontrakt, das verzinsliche dagegen ein Konsensualvertrag. Es ist nun

[1]) a. a. O.

[2]) Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogen. Realkontrakte, in Jherings Jahrb. Bd. 9.

[3]) Realkontrakte im heutigen Rechte, in Jherings Jahrb. Bd. 7.

nicht unsere Aufgabe, uns hier näher auf die sich widerstreitenden Ansichten einzulassen. Als höchst bezeichnend möchten wir es aber doch noch erwähnen, daß jeder einzelne Autor naturgemäß die Verkehrsanschauung für sich in Anspruch nimmt. „Man halte Umfrage in den beteiligten Kreisen", ruft Kohler[1]) aus, während sein Gegner Crome[2]) sich folgendermaßen äußert: „Jede andere Auffassung ist gekünstelt, preßt das Leben in die Schablone grauer Theorie und richtet sich durch den mangelnden Kontakt mit dem, was täglich vor unsern Augen vorgeht".

c) Der Darlehnsvertrag in der Regel ein Realvertrag.

Wenn wir nunmehr selbst zu dem Wesen des Darlehnsvertrages Stellung nehmen, so hängt unseres Erachtens die Entscheidung des Streites über die rechtliche Konstruktion des Darlehns davon ab, ob die Rückgabepflicht des Darlehnsempfängers erst durch die Hingabe der Dahrlehnsvaluta oder schon durch den Konsens der Parteien entsteht. Denn bei allen Autoren, gleichviel welcher Richtung, finden wir als charakteristisches, den Obligationsinhalt des Darlehns erschöpfendes Merkmal des Darlehnsvertrages das eine, daß der Erborger verpflichtet ist, dem Darleiher eine bestimmte Menge vertretbarer Sachen zurückzugeben.

Hieraus ergibt sich zunächst mit Sicherheit das eine, daß von einem konsensualen Darlehnsvertrage dann nicht die Rede sein kann, wenn ihm, d. h. der realen Hingabe keine bindenden Verabredungen vorausgehen. Hier kann die Rückgabepflicht des Erborgers offenbar immer erst durch die Hingabe der res und durch den mit ihr verbundenen Konsens entstehen. Dies wird auch ohne weiteres von den meisten Autoren, auch von solchen, die sich sonst für die Verwandlung der Realkontrakte in Konsensualkontrakte ausgesprochen haben, zugestanden. Demelius allerdings sieht, wie oben erwähnt, in dem „dare" ausschließlich ein solvere und führt damit die Begründung der Rückgabepflicht in jedem Fall auf den alleinigen Konsens zurück. Die dieser

[1]) a. a. O. S. 229.

[2]) Die partiarischen Geldgeschäfte S. 371.

seiner Ansicht jedoch zugrunde liegende Annahme, daß zwischen Begründung und Lösung der Verpflichtung ein zeitlicher Zwischenraum nicht zu sein braucht, daß sie in demselben Augenblick entstehen und vergehen kann, dürfte wohl nicht gerechtfertigt sein. Denn es ist schwer zu erraten, was sich eigentlich Demelius unter einer Bedingung, die auch nicht einen einzigen Augenblick bestanden hat, vorstellt.

Geht indes der realen Hingabe ein Darlehnsvorvertrag voraus, so kommt es, wie angedeutet, darauf an, ob die Verpflichtung zur Rückgabe schon durch den Darlehnsvorvertrag selbst und damit vor der tatsächlichen Hingabe begründet wird. Verschiedentlich wird allerdings eingewendet,[1]) daß, weil die Rückgabe eine Hingabe zur unerläßlichen Voraussetzung hat, auch vor der Leistung eine Verpflichtung zur Rückgabe überhaupt nicht entstehen kann. Mit Recht äußert sich in dieser Hinsicht jedoch Brinz,[2]) daß jene begriffliche Notwendigkeit: die Verpflichtung zur Rückgabe setzt auch Hingabe voraus, nicht vorhanden ist. „Die Rückgabe setzt, wie er ausführt, Hingabe voraus. Die Verpflichtung zur Rückgabe setzt keine Hingabe voraus. Wer das Gegenteil behauptet, verlangt, daß man sich zu nichts verpflichten könne, was nicht sofort geleistet zu werden vermag. Das wäre aber nicht nur begrifflich, sondern auch nach Recht und Erfahrung falsch.“ Logisch ist demnach die Begründung der Rückgabeverpflichtung vor der Hingabe zweifellos möglich. Man verpflichtet sich ja damit keineswegs zu einer Rückgabe, die schon vor der Hingabe stattzufinden hat, was naturgemäß ein Unding wäre. Freilich kann sich eine solche, lediglich durch den Konsens begründete Rückgabepflicht immer nur als eine bedingte, vor der Hingabe unvollkommene Verpflichtung darstellen.

Unseres Erachtens wird nun die Begründung der bedingten Rückgabeverpflichtung nicht auf den Konsens, sondern auf die datio zurückzuführen und der Darlehnsvertrag demnach als Realvertrag aufzufassen sein, wenn sich der Darlehnsvorvertrag

---

[1]) Eisele a. a. O. S. 16.

[2]) Krit. Blätter S. 25.

in der einseitigen Verpflichtung des Darleihers, das Darlehn zu geben, erschöpft. Denn in diesem Falle würde bei der Ermangelung einer Annahmeverpflichtung des Erborgers dessen Erklärung: „Ich verpflichte mich zur Rückgabe, falls ich erhalten habe“ gleichbedeutend sein mit der Erklärung: „Ich verpflichte mich, falls ich mich verpflichten will“, weil es eben in der Hand des Erborgers liegt, die Leistung anzunehmen oder nicht. Eine Verpflichtung aber unter einer Bedingung, die lediglich in den Willen des Verpflichteten gestellt ist, ist nach allgemeiner Anschauung keine Verpflichtung.[1])

Charakterisiert sich hingegen das dem Darlehn vorgehende pactum de mutuando als ein pactum de mutuo dando et accipiendo, also als ein zweiseitiger Vertrag, bei dem sich der eine zur Hingabe, der andere zur Empfangnahme verpflichtet hat — und zweiseitig dürfte wohl der Darlehnsvorvertrag, wenn auch nicht ausschließlich, so doch in der Regel in Anwendung auf ein verzinsliches Darlehn sein —, so ist es durchaus möglich und denkbar, daß die Rückgabepflicht des Erborgers in bedingter Form schon durch den Konsens des Darlehnsvorvertrages entsteht, da ja hier die Bedingung, die Hingabe des Geldes, nicht in dem Belieben eines der Kontrahenten steht. Ist dies aber der Fall, dann ist es nicht gesucht, sondern angezeigt, in dem pactum de mutuando schon den Darlehnsvertrag selbst, naturgemäß in konsensualer Struktur zu sehen. Zweifellos ist es aber auch möglich, die zweiseitig bindenden Verabredungen über ein verzinsliches Darlehn als Darlehnsvorvertrag, gerichtet auf den Abschluß eines realen Darlehnsvertrages, aufzufassen, wenn nämlich erwiesenermaßen die Rückgabepflicht erst durch die datio begründet wird.[2]) Mangels eines nach dieser Richtung hin erkennbaren Parteiwillens wird für die Wahl zwischen beiden Auffassungen die Frage, welche der beiden Auffassungen die natürlichere ist und mehr dem Verkehr entspricht, entscheidend sein. Die folgenden Ausführungen werden nun noch zeigen, daß diese beiden Vorzüge im höheren Maße der Konstruktion des

---

[1]) Eisele a. a. O. S. 16; Schäfer a. a. O. S. 37.
[2]) Kohler a. a. O. S. 223; Schäfer a. a. O. S. 38.

Konsensualdarlehns zukommen. Verschiedentlich wird zwar angenommen, daß die ganze Streitfrage für die Praxis wenig oder gar keine Bedeutung hat, da „sie schwerlich in foro not macht". Dies mit Unrecht. Daß die zwischen Real- und Konsensualkontrakt geteilten Auffassungen zu praktischen Differenzen führen können, zeigt Förster[1]): „Es ist erforderlich, einige Konsequenzen der einen und der anderen Auffassung klarzulegen. Ist das pactum de mutuo dando ein selbständiges pactum de contrahendo, das durch den demnächstigen Abschluß des davon verschiedenen Darlehnsvertrages zu erfüllen ist, so handelt es sich dabei um die Begründung einer Verbindlichkeit zu einem besonders gearteten Tun, das in der erneuten Willenseinigung mit dem bestimmten anderen Kontrahenten unter gleichzeitiger Hingabe des Darlehnsgegenstandes bestehen soll. Fallen dagegen die beiden Vertragsschlüsse in einen einheitlichen Vertrag zusammen, so besteht die Vorleistung lediglich in einem Geben von Geld oder vertretbaren Sachen zum Eigentum. Jenes Recht würde nicht abtretbar, dieses frei zessibel und pfändbar sein, jene Verbindlichkeit könnte nur durch das entsprechende Tun erfüllt werden, bei dieser wäre statt der Solution die Kompensation denkbar, ebenso die Hingabe an Zahlungsstatt, es würde sich fragen, ob nicht auch auf die Vorleistung verzichtet werden könnte, ohne daß darum auch die Leistungspflicht des andern Teiles aufhörte, die dann freilich keine Rückleistungspflicht, sondern eine einfache Leistungspflicht sein würde".

Diese Ausführungen deuten zugleich an, daß die Konstruktion des Konsensualdarlehns eine größere Beweglichkeit und Brauchbarkeit für den Geschäftsverkehr zeigt als die des Realdarlehns.

Zusammenfassend ergibt sich für uns hinsichtlich der Kontraktsnatur des Darlehnsvertrages demnach folgendes:

Ohne vorhergehendes pactum de mutuo dando kommt der Darlehnsvertrag offenbar durch die Hingabe der res, die contrahendi causa erfolgt, zustande, und er ist darum hier ein Realkontrakt. Geht indes ein Darlehnsvorvertrag voraus, so wird wohl auch in diesem Falle der Darlehnsvertrag erst mit der Hingabe

---

[1]) Förster, Preuß. PrivR. 6. Aufl. Bd. 2 S. 238.

der res entstehen, sobald der Vorvertrag lediglich ein pactum de mutuo dando ist. Gestaltet er sich hingegen als ein zweiseitiges pactum de mutuo dando et accipiendo, so kann unter Umständen ein konsensuales Darlehnsverhältnis vorliegen. Dies ist im allgemeinen auch die herrschende Ansicht.[1])

Was eben der Realtheorie den Vorzug gibt, das ist die in gewisser Hinsicht eigenartige Natur des Darlehnsvertrages, nicht zuletzt sein historischer Entwicklungsgang. Schließlich spricht wohl auch die positive Entscheidung des Gesetzes für die reale Natur des Darlehns. Wenigstens deutet der § 607 BGB. darauf hin. Zwar wollte man, wie aus den Motiven (Bd. 2 S. 306ff.) hervorgeht, eine Entscheidung des wissenschaftlichen Streites nicht treffen. „Es besteht kein Bedürfnis zur Erledigung des wissenschaftlichen Streites. Es genügt vielmehr, wenn eine Fassung (§ 607) gewählt wird, welche zum Ausdruck bringt, daß die Erstattungspflicht den vorherigen Empfang voraussetzt." Dies läßt aber auf die Realtheorie für den Regelfall schließen.

d) Möglichkeit des konsensualen Darlehnsvertrages.

Stimmen wir so in der Beurteilung der rechtlichen Konstruktion des Darlehns mit der herrschenden Ansicht, die den Vertrag für den Regelfall als Realvertrag ansieht, überein, so sind wir doch, wie schon angedeutet, der Ansicht, daß diejenigen — es sind nur einige wenige — übers Ziel hinaus-

[1]) So beantwortet Windscheid (Lehrb. des Pandektenrechts 6. Aufl. § 371 Note 6) die Frage, ob nicht das verzinsliche Darlehen ein Konsensualkontrakt sei, dahin: „Gewiß dann nicht, wenn dem wirklichen Geber des Darlehns keine Verpflichtung dazu vorhergeht. Aber auch dann nicht, wenn eine solche Verpflichtung vorhergeht, ohne eine entsprechende Verpflichtung, das Darlehn zu nehmen. Aber selbst dann nicht notwendig, wenn auch diese letzte Verpflichtung vorhanden ist. Es ist sehr wohl möglich, daß die Parteien in diesem Falle nichts gewollt haben als ein pactum de mutuo dando et accipiendo, sondern von einem dem Mietvertrage entsprechenden Konsensualvertrage darf nur dann geredet werden, wenn die Absicht der Parteien darauf gerichtet ist, daß jetzt sofort ein Darlehnsgeschäft abgeschlossen sein soll, durch welches der eine Kontrahent verpflichtet wird, eine gewisse Summe Geldes zum Gebrauche hinzugeben, der andere dafür eine Zinsvergütung zu zahlen".

schießen, wenn sie behaupten, der Darlehnsvertrag könne nur als Realkontrakt vorkommen. Denn selbst wenn die Fassung des § 607 BGB. ganz zweifellos den Darlehnsvertrag lediglich als Realvertrag offenbaren würde, so könnten doch die Parteien auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches — das verbürgt schon der Grundsatz der Vertragsfreiheit — jeden an sich möglichen und erlaubten Vertrag und darum einen konsensualen Darlehnsvertrag, d. h. einen Vertrag, bei dem schon durch den Konsens ein die „Kontrahenten in vollster Weise als Darlehnsschuldner bezw. Darlehnsgläubiger verpflichtendes Verhältnis" entsteht, schließen. Die logische und juristische Möglichkeit eines solchen Vertrages glauben wir aber dargetan zu haben, und sie wird auch nicht nur im früheren Recht, sondern auch in der neueren Literatur (Windscheid, Cosack, Dernburg usw.) zugegeben. Auch das Reichsgericht[1]) hat sie anerkannt, und zwar in einer Entscheidung, die um so wichtiger ist, als sie in Beurteilung eines Rechtsfalles nach code civil ergangen ist, der das Darlehn als Realkontrakt auffaßt. Und warum sollte dies auch nicht der Fall sein, zumal in solchen Fällen, wo ein Darlehnsgeschäft durch seinen besonderen Zweck, durch die dementsprechenden in ihm liegenden besonders gearteten Verpflichtungen eine Färbung erhält, die es namentlich wirtschaftlich nicht als einen gewöhnlichen Darlehnsvertrag erscheinen läßt, dessen Inhalt sich doch nach der Gemeinauffassung in dem Anspruch auf Rückgabe der res erschöpft?[2]) So kann doch von keiner Seite bestritten werden, daß sich z. B. das verzinsliche Darlehn wirtschaftlich als Kapitalmiete darstellt, daß bei ihm der Abschluß der Anleihe in den Vordergrund tritt und ihr gegenüber die Hingabe der res zu untergeordneter Bedeutung wird und nur noch conditio exsistens für die Rückzahlung des Darlehns ist. Den Kontrahenten ist Annahme und Anlage des Kapitals und seine Verzinsung die Hauptsache. Dadurch gewinnen aber das verzinsliche Darlehn und andere besonders geartete Kreditgeschäfte und haben auch

---

[1]) RGE. Bd. 32 S. 364.

[2]) Endemann Bd. 2 S. 449.

im Gegensatz zu dem unverzinslichen Darlehn, das mehr den Charakter eines Freundesdarlehns trägt, im hohen Maße einen geschäftlichen Charakter und bedürfen deshalb einer größeren Beweglichkeit und Leichtigkeit. Diese gewährt ihnen aber zweifellos im höheren Grade die Konstruktion des Konsensualdarlehns, wie es die entnommenen Ausführungen Försters zeigen. Um die Vorzüge der Konsensualkonstruktion kurz zu wiederholen, so bestehen diese insbesondere in der leichteren Durchführbarkeit der Ansprüche, der Möglichkeit der Pfändbarkeit und Zession (Näheres darüber unter c, 3 § 4). Warum daher die Parteien bei dem Abschluß von solch besonderen Darlehnsgeschäften von der an sich möglichen und ihren Absichten mehr dienenden Konstruktion des Konsensualdarlehns keinen Gebrauch machen sollten und dürften, ist nicht recht ersichtlich. Den Gegnern der juristischen Möglichkeit des konsensualen Darlehnsvertrages in derartigen Fällen könnte man mit Recht mit Kohler sagen, „daß sich das Recht nach dem Leben, nicht aber das Leben nach dem Recht richten muß".

e) Der Baugeldervertrag, ein Fall eines sogen. konsensualen Darlehnsvertrages.

Als ein derartig besonderes Darlehnsgeschäft erscheint uns nun der Baugeldervertrag, wie oben schon die Begriffsbestimmung zeigt. Was die wirtschaftliche Seite des Vertrages anbetrifft, so überwiegen bei ihm jedenfalls die konsensualen Momente in ihrer Vertragsbedeutung, in dem in ihnen liegenden wirtschaftlichen Zweck bedeutend das eine reale Moment, die Kapitalshingabe, die natürlich auch hier, wie bei jedem Darlehnsgeschäft, Voraussetzung bleibt. Der Baukapitalist riskiert doch nicht das ratenweise gezahlte Baukapital, bloß um es wieder zu erhalten — das ist selbstverständlich —, er will vielmehr durch das von wirtschaftlichen Gefahren begleitete Hingeben der Sache einen Gewinn in Gestalt von Zinsen und Provision für sich herausschlagen. Das ist, wenigstens für den Kreditgeber, der wirtschaftliche Zweck des Baugeldervertrages im Gegensatz zu dem des gewöhnlichen Darlehnsvertrages. Dies läßt aber vermuten,

daß der Parteiwillen auch die Vertragsperfektion nicht wie beim gewöhnlichen Darlehn an die Hingabe der res knüpfen, sondern schon durch den Konsens eintreten lassen wird. Wir meinen damit zugleich, daß dem wirtschaftlichen Inhalt des Baugeldervertrages die rechtliche Rolle als Darlehnsvorvertrag nicht entsprechen würde. Und wenn wir nunmehr die rechtliche Seite des Vertrages berücksichtigen, so ist der Baugeldervertrag auch gar kein Vorvertrag. Er trägt klar das Kriterium des konsensualen Darlehnsvertrages. Es werden schon durch den Konsens alle Verpflichtungen begründet. Auch die Rückzahlungspflicht ist bereits vereinbart, was am besten die sofortige Eintragung der Sicherungshypothek beweist. Dadurch erkennt ja der Kreditnehmer an, das Kapital empfangen zu haben, obwohl er es erst bekommt. Wenn Crome[1]) sagt, daß das pactum de mutuo dando trotz des Gebundenseins nur den Charakter eines vorbereitenden Vertrages hat, so mag das in den meisten Fällen zutreffen. Beim Baugeldervertrage ist solches wohl nicht möglich. Wenn hier die Zahlung der Darlehnsvaluta, obwohl Zins und Provision in der Regel sofort entrichtet werden, nicht gleich und auch nur ratenweise erfolgt, so liegt das eben, wie wir noch sehen werden, an der Eigenart des Baugeldervertrages selbst, nicht aber weil er einen vorbereitenden Charakter hat. Warum sollte denn übrigens auch z. B. der Kreditnehmer hinsichtlich seiner Verpflichtung zur Bauaufführung auf Grund des Baugeldervertrages schon zur Vertragserfüllung gebunden sein, während der Baukapitalist bezüglich der Zahlung des Baugeldes lediglich zum Abschluß eines neuen Vertrages verpflichtet sein sollte? Das wäre eine Ungleichheit. Die Parteien schließen eben in dem Baugeldervertrage nicht erst einen Vorvertrag ab, gerichtet auf den Abschluß eines Darlehnsvertrages, welcher dann durch das in Raten zu zahlende Darlehn zustande kommen würde. Wir müssen vielmehr — das ist entschieden die natürlichere, in prozessualer Hinsicht einfachere und dem wirtschaftlichen Zweck sowie dem Sinn der Kontrahenten mehr entsprechende Konstruktion — annehmen, daß durch das in dem

[1]) Crome a. a O. S. 373.

Baugeldervertrage liegende konsensuale Übereinkommen „ein die Kontrahenten bereits in vollster Weise als Darlehnsschuldner bezw. Darlehnsgläubiger verpflichtendes Rechtsverhältnis entsteht, ein Gebundensein mit den Modalitäten, wie sie hinsichtlich der Kapitalsleistung, Rückzahlungspflicht, Hypothekenbestellung und zweckmäßiger Gebrauchsverwendung getroffen sind“,[1]) d. h. der Baugeldervertrag ist als ein Fall eines konsensualen Darlehnsvertrages aufzufassen. Als Resultat ergibt sich daraus, daß die Ansprüche der Kontrahenten aus dem Baugeldervertrage auf ein solvere, aber nicht auf ein contrahere gehen. Der Darlehnsvertrag ist ja bereits vorhanden. Der Kreditnehmer im besonderen kann im Falle des Verzuges seitens des Kapitalisten auf Zahlung „geschuldeter Geldsummen“ klagen. Zweifellos ist diese Klage in prozessualer Hinsicht einfacher, als wie sich dieselbe beim Baugeldervertrage als einem pactum de mutuo dando gestalten würde. Wichtig ist das Ergebnis auch, wie schon angedeutet, für die Frage der Zedierbarkeit und Pfändbarkeit der Baugelderraten.

f) Zweiseitigkeit des Baugeldervertrages.

Stellen wir uns somit auf den Standpunkt, den Baugeldervertrag seiner rechtlichen Konstruktion nach für einen konsensualen Darlehnsvertrag zu halten, so bedarf es wohl keines weiteren Beweises für die zweiseitige, gegenseitige Natur des Vertrages. Denn das Kriterium der Gegenseitigkeit, auf deren Wesen wir im zweiten Abschnitt unserer Arbeit näher zu sprechen kommen werden, besteht ja darin, daß „jede der zwei Leistungen um der anderen willen übernommen wird, daß die eine Leistung auf eine im Sinne der Kontrahenten äquivalente Gegenleistung gerichtet ist“. Wie nun schon aus den bisherigen Erörterungen zu ersehen ist, liegt solches beim Baugeldervertrage vor. Kreditgeber wie Kreditnehmer werden ja durch den im Baugeldervertrage liegenden Konsens zu ihren Leistungen verpflichtet, deren Äquivalenz naturgemäß infolge Zustandekommens des Vertrages anzunehmen ist. Übrigens würde der Baugeldervertrag

[1]) RGE. Bd. 32 S. 365.

selbstverständlich auch in dem Falle, daß man ihn der Konstruktion nach für ein pactum de mutuo dando auffassen sollte, ein gegenseitiger Vertrag sein.[1])

Eisele[2]) ist allerdings der Ansicht, es müsse bei einem Synallagma möglich sein, jede der Verpflichtungen zuerst zu erfüllen. Bei der Verpflichtung auf Rückgabe könne aber daran, daß sie vor der zum Geben erfüllt werde, kraft ihres Inhalts gar nicht gedacht werden, und folglich könne nirgends, wo die Rückgabeverpflichtung Hauptverpflichtung sei und also den Charakter des Geschäfts bestimme, von synallagmatischer Bindung gesprochen werden. Das ist einer der Gründe, der nach seiner Ansicht die Konstruktion des Konsensualdarlehns unmöglich macht, weil ja das Darlehn in konsensualer Form zweifellos synallagmatisch sein muß.

Zunächst ist die Behauptung Eiseles, es müsse bei einem zweiseitigen Vertrage jede Verbindlichkeit zuerst erfüllt werden, nicht bewiesen und erwiesen. Sie ist sonst unseres Wissens nirgends aufgestellt worden. Im übrigen glauben wir aber dargetan zu haben, daß die Rückgabeverpflichtung zwar bei dem gewöhnlichen Darlehn, aber nicht mit Notwendigkeit bei einem verzinslichen Darlehn die Hauptverpflichtung ist. Eisele macht sich selbst den Einwand mit dem Mietvertrage, einem zweifellos konsensualen Vertrage. Auch hier liegt eine Rückgabeverpflichtung vor, die nicht zuerst erfüllt werden kann. Freilich soll die Rückgabeverpflichtung bei der Miete nach Eisele nur nebensächlich sein; dies aber doch nur in dem Sinne, wie es von uns auch bezüglich des verzinslichen Darlehns in den besonderen Fällen vertreten wird. Denn wie dem Darleiher sehr viel daran liegt, das Kapital schließlich wieder zu bekommen, weil es einen größeren Wert hat als der Zins, so ist auch für den Vermieter die Wiedererlangung des Mietobjektes aus dem gleichen Grunde die Hauptsache.[3])

---

[1]) Da er sich ja dann als pactum de mutuo dando et accipiendo charakterisieren würde. Friedländer a. a. O.; Kober-Staudinger § 607.

[2]) Eisele a. a. O. S. 32.

[3]) vgl. Schäfer a. a. O. S. 40ff.

Als wichtige Folge der gegenseitigen Natur ergibt sich die unbeschränkte Anwendbarkeit der für die gegenseitigen Verträge gegebenen §§ 320—327 BGB. Während somit der § 321 gegebenenfalls berücksichtigt werden kann, erscheint es fraglich, ob auch der § 610 BGB. auf den Baugeldervertrag Anwendung finden dürfte. Friedländer[1]) ist für die Anwendbarkeit, und dies mit Recht, da er den Baugeldervertrag für ein pactum de mutuo dando hält. Schäfer[2]) führt indes, und nicht ohne Begründung, näher aus, daß der § 610 für einen konsensualen Darlehnsvertrag wohl nicht in Betracht käme. Sollte dies nun auch der Fall sein, so gewähren, ganz abgesehen von speziellen Vereinbarungen, schließlich die §§ 320—327 dem Kreditgeber denselben Schutz. Im Anschluß daran verdient hier endlich noch der in der RGE. Bd. 53 S. 244 aufgestellte Grundsatz der Erwähnung, wonach die Bestimmungen der §§ 321 u. 610 dann nicht zur Anwendung kommen, wenn „die reale Sicherheit des verpfändeten Grundstücks die Gegenleistung sicherstellt". Da nämlich die Baugelderhypothek in der Regel die erste Stelle einnehmen wird und so der Kreditgeber nicht bloß durch den zu errichtenden Bau, sondern auch durch den Bauplatz selbst gedeckt wird, so wird dieser Grundsatz beim Baugeldervertrage in der Regel zu berücksichtigen sein.

§ 4.

Inhalt des Vertrages nach den wesentlichen Besonderheiten zusammengefaßt und dargelegt.

Haben wir nun gesehen, daß der Baugeldervertrag schon der rechtlichen Konstruktion nach als zweiseitiges konsensuales Darlehnsverhältnis eine gewisse Eigenart zeigt, so werden wir natürlich auch bei der nunmehr folgenden Untersuchung des wesentlichen Inhalts Besonderheiten finden, die ihn von anderen Darlehnsgeschäften unterscheiden. Diese mögen uns darum als Gruppierungspunkte bei der Darlegung des wesentlichen Inhalts

[1]) a. a. O. S. 195ff.
[2]) a. a. O. S. 49ff.

dienen. Um die Eigentümlichkeiten, die dem Vertrage das Gepräge geben, kurz vorweg zu nehmen, so stellen sich als solche in der Hauptsache dar die Art der Darlehnszahlung,[1]) die Zweckbestimmung der Kapitalshingabe und das zwischen den Kontrahenten liegende Vertrauensverhältnis. Ungewöhnlich groß erscheint schließlich die wirtschaftliche Abhängigkeit des Darlehnsnehmers von dem Baukapitalisten, auf die wir bei der rechtlichen Stellung der Kontrahenten gegenüber dritten Personen zu sprechen kommen wollen.

Allgemein möchten wir hier noch bemerken, daß bei dem Baugeldervertrage als einem Spekulationsgeschäft der Vertragsinhalt, die Vertragsbestimmungen natürlicherweise bis in die kleinsten Details festgesetzt werden. Daher können die Rechtsfolgerungen, insoweit wir sie im folgenden aus dem Wesen des Baugeldervertrages, weil ihm höchst charakteristisch, ziehen wollen, nur mangels einer besonderen Vereinbarung sich als solche erweisen und rechtlich in Betracht kommen, sowie freilich auch in dem Falle, wo die Vertragsvereinbarungen, weil gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig sein sollten.

a) Die Art der Darlehnszahlung und die Verpflichtung zur Darlehnshingabe.

Behandeln wir nun zunächst die Art der Darlehnszahlung, so geht der Kapitalshingabe die Übernahme der Verpflichtung zur Leistung seitens des Baukapitalisten voraus. Der Baukapitalist verpflichtet sich jedoch nicht, alsbald und sogleich in vollem Umfange zu zahlen. Die Darlehnshingabe erfolgt vielmehr in Ratenzahlungen, die nach dem Fortschreiten des Baues fällig werden. Erklärlich ist diese Besonderheit, wenn man sich die im Vertrage liegenden wirtschaftlichen Gefahren vor Augen hält. Der Kreditgeber will eben bei jeder Ratenzahlung bereits durch den Wert der jeweilig fertiggestellten Bauten gedeckt sein. Eine selbstverständliche Rechtsfolge aus dem Umstande, daß die einzelnen Baugelderraten sich in ihrer Fälligkeit nach dem Fortschreiten

[1]) Mit der im § 2 gegebenen Einschränkung.

des Baues richten, ist die, daß der Kreditgeber beim Einstellen des Baues seitens des Bauherrn auch seinerseits die Ratenzahlung sistieren kann. Der Kapitalist könnte hier insbesondere auch auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 320 bis 327 zurückgreifen.[1]) Wenn „so z. B. der Anwesensbesitzer vertragswidrig nicht baut, den Bau sistiert, so kann ihm der Baukapitalist zur vertragsmäßigen Fortsetzung des Baues eine Frist bestimmen und nach Ablauf der Frist vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Da nun die teilweise Erfüllung der Verpflichtung zum Bauen hier meist für den Baukapitalisten kein Interesse haben wird, so wird der Verzug des Anwesensbesitzers in der Regel zur Aufhebung des ganzen Vertrages, d. h. zur sofortigen Rückzahlung der bereits ausgezahlten Beiträge gemäß den §§ 326, 325 BGB. führen". Auf der anderen Seite kann natürlich der Kreditnehmer auf Herauszahlung der Baugelderraten dringen, sobald der Bau entsprechend fertiggestellt wird. Im übrigen werden aber die einzelnen Ratenzahlungen nicht lediglich für das „weitere Bauen, also z. B. zur Bezahlung künftiger Arbeitslöhne, Ankauf weiterer Materialien" verwandt, wie das so vielfach irrtümlicherweise angenommen wird.[2]) Sie werden vielmehr auch, ja sogar im wesentlichen zur Befriedigung von Baugläubigern,[3]) also Personen, die schon zur vorangegangenen Forderung des Baues beigetragen haben, gebraucht. Da dies bei der Frage der Zedierbarkeit und Pfändbarkeit berücksichtigt werden muß, so möge es eine Darlegung der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie Dr. Abraham[4]) gibt, veranschaulichen. „Zu Anfang des Baues zahlt der Kreditgeber noch nichts, zumeist läßt sich der Bauherr während dieser Zeit von den Handwerkern und Lieferanten Stundung gewähren. Diese Personen warten mit ihren Ansprüchen bis zur Bezahlung der ersten Baugeldrate, so daß also gerade das gezahlte Baugeld zur Befriedigung derjenigen Gläubiger des Bauherrn dient, welche bisher zur Förderung bei-

[1]) Friedländer a. a. O.
[2]) Seufferts Bl. f. RA. Bd. 57 Nr. 185.
[3]) vgl. § 18 d. Ges. v. 1. 6. 1909.
[4]) Monatsschr. f. HR. 14. Jahrg. S. 273 ff.

getragen haben. Das wiederholt sich bei jeder Auszahlung und tritt besonders klar bei der letzten Baugeldrate zutage. Diese wird gewöhnlich bei völliger Fertigstellung des Baues gewährt. Da ist natürlich nichts weiter zu bauen.“ Die Gelder werden eben im wesentlichen zur Bezahlung der Baugläubiger verwandt.

b) Die Zweckbestimmung des Baukapitals und die damit verknüpften Rechte und Pflichten.

Als die wesentlichste Besonderheit des Baugeldervertrages erscheint die Zweckbestimmung des Baukapitals, seine Bestimmung, zur Bauaufführung zu dienen. Auf sie sind mehr oder weniger alle Besonderheiten zurückzuführen. Mit dieser Zweckbestimmung erhält nun freilich das Baukapital selbst keinen individuellen Wert, Inhalt. Es ist nicht als eine besondere Art von Geld anzusehen. Es bleibt an sich eine Darlehnszahlung wie jede andere. Während es aber beim gewöhnlichen Darlehnsvertrage dem Darlehnsnehmer in der Regel gleich bleibt, wie der Kreditnehmer mit dem Gelde schaltet und waltet, ist dies beim Baugeldervertrage nicht der Fall. Die Zweckbestimmung führt eben eine Besonderheit herbei. Diese liegt darin, daß das zum Zwecke der Bauaufführung hingegebene Darlehn zu einer obligatorischen Verbindlichkeit führt, zu der Verpflichtung, das Geld in zweckentsprechender Weise zu gebrauchen, dem vereinbarten Zwecke zuzuführen. Auf die Erfüllung dieser Verbindlichkeit des Empfängers kann natürlich der Kreditgeber dringen. Ganz abgesehen von speziellen Vereinbarungen gibt dem Kapitalisten schon die Art der Darlehnshingabe die Möglichkeit, eine gewisse Kontrolle, einen Druck dahin auszuüben, daß der Bauherr zweckentsprechend das Geld verwendet. Naturgemäß ist aber auch der Baukapitalist verpflichtet, der zweckentsprechenden Verwendung des Baugeldes nicht entgegenzuarbeiten. Er handelt zweifellos vertragswidrig, wenn er etwa gegen den Willen des Darlehnsnehmers die Valuta einer fälligen Rate zur Befriedigung eines Privatgläubigers des Bauunternehmers verwenden wollte. Eine begriffsnotwendige Folge des Baugeldervertrages ist vielmehr die Verpflichtung beider Kontrahenten, sowohl des Baugeldgebers wie des Bau-

herrn, das Geld dem bestimmten wirtschaftlichen Zweck nicht zu entziehen.

2. Verpflichtung zur Bestellung der sogen. Baugelderhypothek.

Im engen Zusammenhange mit der Zweckbestimmung des Darlehns steht neben der Verpflichtung, das Baugeld der vertraglichen Zweckbestimmung zuzuführen, ferner die Verpflichtung des Bauherrn, zur Sicherung des Baukapitalisten eine Hypothek, die sogen. Baugelderhypothek,[1]) zu errichten. Zunächst hat diese Hypothek, die in der Regel eine Verkehrshypothek ist, eine Eigentümlichkeit. Da sie nämlich sogleich für die ganze Kapitalssumme eingetragen wird, die Darlehnsvaluta aber erst sukzessive nach dem Fortschreiten des Baues gezahlt wird, so entsteht, konvalesziert das Hypothekenrecht für den Kreditgeber „erst Schritt für Schritt mit der Auszahlung des Baukapitals, und die Belastung des Anwesens wächst mit der fortschreitenden Ausweisung des Kapitals".[2]) Insoweit also die Forderung des Baukapitalisten noch nicht zur Entstehung gelangt ist, steht die Hypothek auf Grund des § 1163 BGB. dem Darlehnsnehmer zu, und zwar als Grundschuld (§ 1177). Freilich kann dieser nicht ohne Zustimmung des Baukapitalisten über diese nun verfügen. Sie steht ihm nur „bedingt" zu. Erst wenn z. B. „infolge Auflösung des baukapitalen Vertrages feststeht, daß eine Leistung von Baugelderraten nicht mehr erfolgen wird, kommt

---

[1]) Die Baugelderhypothek hat in dem Abschn. 2 des Ges. v. 1. 6. 1909 eine eingehende Regelung erfahren. Dieser Abschnitt ist jedoch, wie eingangs bemerkt, noch nicht in Kraft getreten, da er zu seiner Einführung einer landesherrlichen Verordnung bedarf. Das ist noch nirgends geschehen und setzt auch noch eingehende Vorbereitungen voraus. Betreffs der Baugelderhypothek behält daher das bisherige im Anschluß an die Praxis gewonnene Recht bis auf weiteres seine Geltung, weswegen auch die nachfolgenden Ausführungen stehen geblieben sind. Ihnen sind aber ein orientierender Überblick über die Baugelderhypothek nach künftigem Recht und im Anschluß daran einige allgemeine Angaben über das neue Recht beigefügt.

[2]) So offenbar richtig Friedländer a. a. O.; Gruchot 41. Jahrg.; RGE. Bd. 51 S. 115 für die Höchstbetraghypothek.

ihm offenbar eine beliebige Verfügung zu".[1]) Wir haben nun gesagt, daß die Zweckbestimmung des Baukapitals im engen Zusammenhange mit der Verpflichtung zur Errichtung der Baugelderhypothek bezw. mit der Hypothek selbst steht. Dies ist insofern der Fall, als sich der Baukapitalist die Hypothek ausbedingt, um sich für das zum Zwecke der Bauaufführung geleistete Geld zu sichern. Daraus geht aber hervor, daß die Hypothek selbst einen bestimmten, eingeschränkten Sicherungszweck hat. Weil das Darlehn ein Zweckdarlehn ist, weil die Hypothek dieses Zweckdarlehn sichern soll, so ergibt sich daraus der wichtige Grundsatz, daß auch die Baudarlehnshypothek nur für die Geldbeträge haftet, welche von seiten des Baukapitalisten zum Zwecke der Bauaufführung geleistet worden sind.

Hier erhebt sich nun die Frage — wir gehen auf diese Frage näher ein, weil sie in ihrer Beantwortung am besten die Zweckbestimmung des Baukapitals kennzeichnet —: Ist es zulässig, daß die beiden Kontrahenten des Baugeldervertrages durch eine Vereinbarung noch andere Forderungen in die Baukapitalshypothek einrechnen dürfen?

Die Frage ist praktisch äußerst wichtig, und zwar insofern, als bei Zulässigkeit solcher Vereinbarungen, auf Grund deren noch andere Forderungen in die Baukapitalshypothek eingerechnet werden könnten, die Baugläubiger, Geschäftsleute, die „im Vertrauen auf die Höhe des eingetragenen Kapitals den in der Regel wenig begüterten Darlehnsnehmer kreditierten", im Falle einer Subhastation des Darlehnsnehmers womöglich ganz mit ihren Forderungen ausfallen können. Durch Einrechnung einer solchen nicht in erster Linie oder gar nicht mit dem Zwecke des Baudarlehns in Beziehung stehenden Forderung würde ja die wirklich auszuzahlende Baukapitalssumme um den Betrag der Forderung vermindert werden.

Gegen die Zulässigkeit solcher Abmachungen sprechen auch zwei Gründe. Zunächst würden die Vereinbarungen, wie schon

---

[1]) Friedländer a. a. O.; RGE. Bd. 51 S. 115 für die Höchstbetragshypothek.

die letzten Ausführungen zeigten, offenbar gegen die Billigkeit, gegen die guten Sitten verstoßen. Denn die Baugelderhypothek dient eben nur zur Sicherung von Baugeldern, also von Leistungen des Baugeldgebers zum Zwecke der Bauaufführung, nicht aber von sonstigen Forderungen des Kapitalisten. Diese ihre Rolle, ihr Sicherungszweck steht ein für allemale fest. Von der Voraussetzung auch, daß die Baukapitalssumme nicht durch Einrechnung anderer Forderungen in die Hypothek vermindert wird, lassen sich schließlich die Baugläubiger zur Kreditierung herbei. Eine solche Abmachung würde also offenbar gegen den § 138 BGB. verstoßen und darum nichtig sein. Friedländer[1]) kommt indes noch auf einem anderen Wege zu der rechtlichen Unzulässigkeit solcher Vereinbarungen. Wenn es feststeht, daß das Darlehn nur zum Zwecke der Bauaufführung hingegeben wird und darum der Baukapitalist nur für die zu diesem Zwecke hergegebenen Geldbeträge durch die Hypothek gesichert werden soll, so müßten Forderungen auf Grund anderer Leistungen zwecks Eintragung in die Hypothek erst zu Forderungen auf Grund einer Baudarlehnsleistung „noviert" werden. „Es sei aber begrifflich unmöglich, jedwede Leistung in ein Darlehn zum Zwecke des Baues, in ein Baudarlehn umzuwandeln." Er kommt zu dem Resultat, daß sich zu einer solchen Umwandlung bezw. vertragsmäßigen Einrechnung „nur Kreditgewährungen eignen, welche zum Zwecke der Bauaufführung geschehen, kurz alle sonstigen Leistungen des Kapitalisten, welche zur positiven Bauaufführung dienen, zur Zahlung derjenigen Kräfte verwendet werden, welche den Bau herstellen, nicht aber derjenigen, welche sich seiner Errichtung entgegenstellen". Diese Ausführungen Friedländers werden ihre Richtigkeit haben. Sie führen vor allem auch für die Verhältnisse in der Praxis zu einem brauchbaren Resultat.

Auf diese Weise dürften also z. B. Zahlungen am Kaufpreise für das neu zu bebauende Grundstück, Zahlung von Kosten für die Hypothekenbestellung usw., alles Leistungen, welche zwar der Bau veranlaßt hat oder die auch schließlich mit ihm in

[1]) a. a. O. S. 195, 514 ff.

Beziehung stehen, doch aber nicht zu Bauaufführungen selbst dienen, nicht auf Grund von Vereinbarungen in die Baugelderhypothek eingerechnet werden.

Diese letzten Erwägungen werden sich nun nach dem Inkrafttreten des Abschn. 2 des Ges. v. 1. 6. 1909 infolge der besonders eingehenden Regelung der Baugelderhypothek erübrigen. Wie schon eingangs in der Begriffsbestimmung bemerkt, ist die dingliche Sicherung auch nach neuem Recht für das „Baugeld" begriffsnotwendig. Die Hypothek hat hier aber nicht, wie die Baugelderhypothek des alten Rechts, ohne weiteres den ersten Rang unter den Belastungen. Einen Vorrang vor ihr hat vielmehr, dem allgemeinen Gedanken des Gesetzes entsprechend, ein Bauvermerk, der zum Schutze der Bauforderungen von Baugläubigern, also Personen, die an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages beteiligt sind, eingetragen wird und ihnen mit der Wirkung einer Vormerkung den Anspruch auf die demnächstige Eintragung einer „Bauhypothek" gibt. Der Schutz durch den Bauvermerk besteht aber praktisch darin, daß die Bauerlaubnis nur erteilt werden darf, wenn der Bauvermerk eingetragen ist und die dem Bauvermerk etwa vorgehenden oder ihm gleichstehenden Belastungen $^3/_4$ des Baustellenwertes nicht übersteigen (§ 13). Durch den Bauvermerk wird demnach eine Vorausbelastung des zu bebauenden Grundstücks mit dinglichen Einträgen über $^3/_4$ des Baustellenwertes verhütet. Nur in einem Falle, wenn nämlich der Bauherr den dritten Teil der voraussichtlich entstehenden Baukosten durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren zugunsten der Baugläubiger sicherstellt, unterbleibt die Eintragung des Bauvermerks (§ 12).

Gegenüber dieser einseitig zugunsten der Baugläubiger vorgenommenen Vorrangeinräumung des Bauvermerks hat sich jedoch das Gesetz der Erwägung nicht verschlossen, daß andererseits dem Baugeldgeber nicht zugemutet werden kann, sich mit einem den in ihrer Höhe unbestimmten Bauforderungen nachstehenden Rang der Baugelder zu begnügen. Dies letztere aus dem Grunde, weil ja sonst der Baugeldgeber, obwohl doch gerade er durch Gewährung des Baugeldes den Bau erst ermöglicht, das Risiko

des Baues tragen würde. Darum sieht das Gesetz in den §§ 33 und 34 vor, daß die hinter dem Bauvermerk eingetragene, als solche ausdrücklich bezeichnete Baugelderhypothek — und zwar mit Zinsen bis 5 % — insoweit den Vorrang vor der Bauhypothek erhält, als nachweislich eine in Anrechnung auf das Baugeld geleistete Zahlung eine Bauforderung tilgt und damit im Interesse der Baugläubiger erfolgt. Zur Begründung des Vorrechts genügt aber der gute Glaube des Baugeldgebers an das Bestehen der betreffenden Bauforderung. Will der Baugeldgeber das immerhin für ihn noch verbleibende Risiko bei der Auszahlung von Baugeldern nicht tragen, so kann er sich eines vom Amtsgericht zu ernennenden, die rechtliche Stellung eines Pflegers innehabenden Treuhänders zum Zwecke der Vermittlung oder Anweisung der Baugelder bedienen. Alle derartigen Zahlungen begründen dann schlechthin den Vorrang der Baugelderhypothek. Die von dem Baugeldgeber zu tragenden Treuhänderkosten haben aber nicht den Charakter einer Bauforderung.

Das neue Recht hat demnach umfassende, auf die zweckentsprechende Verwendung des Baugeldes hinzielende Vorschriften geschaffen, die hinsichtlich der möglichen Einrechnung des Baugeldes in die Baugelderhypothek und die damit verknüpfte Einräumung des Vorrechts der Baugelderhypothek nicht nur dem Bauherrn, sondern vor allem auch dem Baugeldgeber gegenüber wirksam sind. Nach dieser Richtung hin können demnach die Interessen dritter Personen durch selbstsüchtige Dispositionen des Baukapitalisten und des von ihm mehr oder weniger abhängigen Bauherrn nicht mehr beeinträchtigt werden.

Allgemein möchten wir hier noch erwähnen, daß die Vorschriften bezüglich der Baugelderhypothek die einzigen sind, die eine, allerdings nur indirekte, weil in seinem Interesse liegende Verpflichtung des Baugeldgebers, für die zweckentsprechende Verwendung des Baugeldes Sorge zu tragen, enthalten. An sich besteht eine gesetzliche Verpflichtung zur getreuen Verwendung des Baugeldes gegenüber den Baugläubigern gemäß § 1 nur für den Bauherrn. Auch nach neuem Rechte bestehen zwischen Baugeldgeber und Baugläubigern keine kontraktlichen Be-

ziehungen.[1]) Kontrahenten des Baugeldervertrages sind und bleiben weiterhin der Baukapitalist und der Bauherr. Darum sind auch nach neuem Recht die Baugläubiger nicht befugt, von dem Baugeldgeber die Leistung der versprochenen Beträge zu verlangen, weil ihnen eben nicht ein Recht an der Baugeldforderung, auch bei Fälligkeit ihrer Forderung, zusteht. Wie nun Breit in der JurW. v. 15. 6. 1909 mit Recht feststellt, besteht hier in der Tat eine Lücke, eine Schwäche im Gesetz. Denn unter diesen Umständen „bestimmt nach wie vor der Baugeldgeber über die Bezahlung des Baugeldes, und die Baugläubiger müssen sich alle Modifikationen des Baugeldervertrages gefallen lassen". Eine gesetzliche Regelung nach dieser Richtung hätte zweifellos nicht geschadet. Wir sind nun allerdings der Ansicht, daß solche Klauseln des Baugeldervertrages, die in erster Linie darauf gerichtet sind, gerechte Ansprüche dritter Personen zu schädigen, gemäß § 138 BGB. von jeder praktisch denkenden Rechtsprechung für nichtig gehalten werden dürften.

Im übrigen empfiehlt es sich nicht, über den Inhalt und Wert des Gesetzes jetzt schon und lediglich aus theoretischen Gesichtspunkten heraus ein abschließendes Urteil zu fällen. Bei so tief ins Leben einschneidenden Vorschriften wird ein solches und offenbar richtigeres die Praxis selbst geben.

3. Zins- und Provisionszahlung.

Unter diesem Abschnitte möchten wir auch noch der Provisions- und Zinszahlung Erwähnung tun. Es sind dies beide Leistungen, die üblicherweise dem Kapitalisten als Entgelt gewährt werden. Was die Zinsen anbetrifft, so verpflichtet sich der Kreditgeber in der Regel zur sofortigen Verzinsung der ganzen Baukapitalsumme, auch soweit sie noch nicht ausgezahlt ist. Dies findet wohl eine Rechtfertigung darin, daß ja auch der Kapitalist zumeist die ganze Kapitalsumme beim Vertragsabschluß schon bereitliegen haben wird. Auch die Provision

[1]) vgl. § 5 der Abhandlung.

wird alsbald geleistet, und zwar gewöhnlich durch Abzug von der Kapitalsumme. Die Provision wird also in die Hypothek eingerechnet. Diese Einrechnung kann wohl aber rechtlich nicht beanstandet werden, da es sich ja „um eine übliche, allen bekannte Entlohnung des Baukapitalisten für die Gewährung des Baudarlehns, also um eine ordnungsmäßige Leistung, welche der Baukapitalist sich selbst zum Zwecke des Baues gewährt", handelt (Friedländer). Eine begründete Einwendung gegen die Einrechnung der Provision dürfte wohl nur dann gegeben sein, wenn sie die übliche Höhe übersteigt. Inwieweit Zinsen und Provision im Falle des Rücktritts, der Sistierung des Baues usw. zu zahlen bezw. einzurechnen sind, ist nach den entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu entscheiden.

c) Das besondere Vertrauensverhältnis und die Rechtsfolgen.

Die bisherigen Erörterungen mögen schon gezeigt haben, ein wie gewagtes Geschäft, wirtschaftlich genommen, der Baugeldervertrag ist. Zwar wird zwecks Sicherung des Gläubigers sofort eine Hypothek eingetragen. Der Baugeldgeber kann auch bei Nichteinhaltung der Verpflichtungen seitens des Kreditnehmers seine Zahlungen sistieren, und so wird vielleicht das, was er bisher ausbezahlt hat, durch den Baustellenwert sowie durch das bisher Aufgebaute gedeckt. Indes damit ist nicht der Vertragszweck erreicht. Der Baugeldgeber will ja nicht ein halbfertiges oder ein dreiviertelfertiges Gebäude, das in diesem Zustande eine Ruine bedeutet, haben, sondern den vollendeten Bau zur Sicherung und Unterbringung seines Kapitals, zur Erzielung von Zins und Provision. Wird jedenfalls die Ausführung vor der Vollendung unterbrochen, so läuft der Baugeldgeber die Gefahr, wenn auch nicht ganz mit seinem Gelde auszufallen, so doch einen beträchtlichen Teil an Zeit und Geld zu verlieren. „Diese dem Baugeldervertrage eigentümlichen Gefahren unterscheiden ihn von einem gewöhnlichen Darlehnsvertrage oder Darlehnsvorvertrage, bei denen es sich darum handelt, landwirtschaftliche Grundstücke oder ein fertiges Gebäude hypo-

thekarisch zu beleihen.“ [1]) Das wirtschaftliche Risiko wird darum einen vorsichtigen Baugeldgeber nur mit einer solchen Person kontrahieren lassen, die ihm nach jeder Seite hin die Garantie bietet, daß er ihr das besondere Vertrauen schenken darf, welches der Baugeldgeber bedarf. Durch den Vertragsabschluß bezeugt demnach der Baugeldgeber dem Bauherrn das Vertrauen, daß dieser dafür Sorge tragen wird, daß der Bau nicht bloß gut und solid, sondern auch in der vereinbarten Frist unter zweckentsprechender Verwendung des Baugeldes aufgeführt wird. Der Baugeldervertrag ist aber ferner, wie die erwähnte Reichsgerichtsentscheidung ausführt, „wirtschaftlich ein gemeinsames Unternehmen, bei dem der Baugeldgeber dem Bauherrn zur Bauaufführung das Geld gibt, der Bauherr hingegen den Bau aufführt oder auf seine Rechnung ausführen läßt, sich zu Eigentum, dem Kreditgeber zur Sicherheit“.

Wie nun allen solchen Unternehmungen, zumal wenn sie noch wie der Baugeldervertrag von wirtschaftlichen Gefahren begleitet sind, ein gewisses Vertrauensverhältnis eigen ist, so charakterisiert darum ein solches auch den Baugeldervertrag. Die Personen erscheinen bei derartigen Geschäften fast wesentlich; sie waren ja für den Vertragsabschluß mitbestimmend. Dieses Vertrauensverhältnis ist aber rechtlich von Bedeutung. Es läßt offenbar nicht zu, daß die Personen der Kontrahenten beliebig ohne Zustimmung des Gegenkontrahenten wechseln, daß die Personen fungibel erscheinen. Als wichtige Rechtsfolge ergibt sich daher aus dem Vertrauensverhältnis, daß sich einerseits der Baukapitalist nicht ohne weiteres durch Zession der Hypothek seiner Vertragspflichten entledigen kann. Andererseits darf wohl auch der Darlehnsnehmer nicht im Zweifel die persönliche Verantwortlichkeit für die Bauaufführung abwälzen, seine Stellung als Bauherr aufgeben. Der Baukapitalist wird ja, wie schon angedeutet, den Baugeldervertrag gerade mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Darlehnsnehmers geschlossen haben. Das Reichsgericht hat in einem solchen Fall den Rücktritt des Baukapitalisten für begründet erachtet. Im allgemeinen wird es

[1]) RGE. Bd. 37 S. 336 ff.

hier mangels einer besonderen Vereinbarung auf den einzelnen Fall ankommen und dieser dann, offenbar unter der besonderen Berücksichtigung des § 157 BGB. (Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern), zu entscheiden sein.

2. Die Frage der Zedierbarkeit der Baugelderraten.

Im Anschluß hieran möchten wir zu einer Frage Stellung nehmen, die für den Baugeldervertrag höchst charakteristisch ist und darum Aufnahme in unseren Ausführungen findet. Es handelt sich um die in Literatur und Rechtsprechung verschiedentlich beantwortete Frage der Zedierbarkeit und Pfändbarkeit der einzelnen Baugelderraten. Ist nämlich auch der Anspruch auf die Baugelderraten ein höchstpersönlicher, so daß er nicht abgetreten werden könnte? Widerspricht etwa die Zweckbestimmung der Darlehnshingabe der Zession oder der Pfändbarkeit der Baugelderraten?

Wenn hier zunächst von einer Zession der Baugelderraten die Rede ist, so wird damit nicht etwa ein Eintreten des Zessionars in die ganze Rechtstellung des Zedenten gemeint. Es ist ohne weiteres klar, daß eine derartige Übertragung einer Darlehnsforderung ohne Zustimmung des Gegenkontrahenten rechtlich nicht möglich ist, und zwar bei jedem Darlehnsgeschäft, mag es sich nun um ein pactum de mutuo dando oder aber einen konsensualen Darlehnsvertrag handeln. Es würde ja ein Schuldnerwechsel vorliegen, den sich kein Gläubiger gefallen lassen muß. Eine solche Zession verstößt gegen den § 399 BGB. Vielmehr hat hier die Frage der Zedierbarkeit den Sinn, ob beim Baugeldervertrage der bloße Anspruch auf Auszahlung der Baugelderraten übertragen werden kann, während der Zedent selbst rückzahlungspflichtig bleiben bezw. werden soll.

Insoweit nun beim Baugeldervertrage (dies ist meistens der Fall) ein pactum de non cedendo vorliegt, ist natürlich eine Zession der Baugelderraten ausgeschlossen (§ 399 BGB.). Indes auch wenn eine solche Vereinbarung nicht getroffen sein sollte, halten wir die Zession schon für den Fall für ausgeschlossen, daß der Baugeldervertrag als ein pactum de mutuo dando auf-

gefaßt werden sollte. Denn der Anspruch aus dem Darlehnsversprechen ist auf eine Leistung gerichtet, „welche als Darlehn, credendi causa, d. h. mit der Wirkung erfolgen soll, daß sie den Empfänger zum Schuldner macht, zur Rückzahlung verpflichtet".[1]) Daher ist die Zession einer von jener causa abstrahierten Forderung nicht möglich, da ja der Erborger selbst eine solche Forderung nicht hat. Dies ist im allgemeinen auch die herrschende Ansicht.[2]) Dagegen ist eine derartige Zession, die Abtretung des bloßen Anspruchs auf die Darlehnsvaluta, bei einem konsensualen Darlehnsvertrage möglich. Denn hier richtet sich ja der Anspruch lediglich auf Zahlung einer geschuldeten Geldsumme. Die Forderung ist von der causa credendi frei. Die Rückzahlungspflicht des Zedenten ist ja bereits auf den Konsens zurückzuführen. Dem Darleiher kann es aber im übrigen schließlich gleich bleiben, wer das Geld erhält, wenn nur die ursprünglich verpflichtete Person rückzahlungspflichtig bleibt.[3])

Da wir uns nun auf den Standpunkt gestellt haben, den Baugeldervertrag als konsensuales Darlehnsverhältnis aufzufassen, so würde also insoweit (abgesehen von der Einwirkung der Zweckbestimmung) schlechthin gegen die Zedierbarkeit der Baugelderraten, gegen die Abtretung des bloßen Anspruchs auf die Darlehnsvaluta, nichts sprechen.

Zu demselben Resultat kommt das Reichsgericht.[4]) Daraus ist, wie schon in § 3 a erwähnt, zu schließen, daß auch dem Reichsgericht der Baugeldervertrag als ein konsensuales Darlehnsverhältnis vorschwebt. Es verweist ja auch in der Entsch. Bd. 38 ausdrücklich auf die Entsch. Bd. 32 S. 306, wo äußerst prägnant dahin erkannt wird, daß eine Zession des bloßen Anspruchs auf die Darlehnsvaluta nur bei einem konsensualen Darlehnsvertrage, nicht aber bei einem pactum de mutuo dando möglich ist.[5])

Indes auch bei der Frage der Zedierbarkeit spielt die

---

[1]) RGE. Bd. 32 S. 364ff.
[2]) vgl. Fischer-Henle Anm. 1 zu § 610.
[3]) vgl. RGE. Bd. 32 S. 364ff. und Bd. 38 S. 308ff.
[4]) RGE. Bd. 38 S. 311.
[5]) vgl. JurW. 1902 S. 143.

Zweckbestimmung eine Rolle, und zwar natürlich im einschränkenden Sinne. Wir haben schon gesehen, daß die Zweckbestimmung dem Baugeld zwar nicht einen individuellen Inhalt verleiht, daß sie aber doch dasselbe auf eine bestimmte, dem Baugeldervertrage wesentliche Verwendung einschränkt. Darum ist es klar, daß der Baugeldgeber die an sich mögliche Zession nicht anzuerkennen braucht, wenn der Kreditnehmer durch die Übertragung das Baugeld zu einer beliebigen Schuldentilgung verwendet. Dadurch würde ja die vertragliche Zweckbestimmung vereitelt werden. Es würde „ihm zur Sicherung auf unbebautem Anwesen eine wertlose Hypothek entstehen". Gegen eine derartige der Zweckbestimmung widersprechende Zession steht dem Kreditgeber zweifellos eine begründete Einrede zu.

Würde sich hingegen auch die Leistung an den Zessionar als ein Baudarlehn darstellen und sie so ihrer vertraglichen Bestimmung gerecht werden, so wäre gegen eine solche Zession nichts einzuwenden. Und eine solche Zession, die die vertragliche Zweckbestimmung nicht zu vereiteln braucht, wird nicht allzuselten sein. Wir haben schon gesehen, daß Baugelder häufig zur Befriedigung von Baugläubigern verwendet werden, die zur vorangegangenen Förderung des Baues beigetragen haben. In dieser Verwendung wird aber das Baugeld durchaus seiner vertraglichen Bestimmung gerecht. Wenn „daher der Bauherr den Anspruch auf die Darlehnssumme an einen der Baugläubiger in dem Umfange, wie diesem gebührt, abtritt, und der Baugläubiger sich nun direkt an den Kreditgeber wendet, so wird dieser zweifellos an ihn leisten müssen".[1])

Als Resultat würde sich also zusammenfassend für uns ergeben: An und für sich steht der Zession des bloßen Anspruchs auf die Auszahlung der Baugelderraten nichts entgegen. Indes gibt die Zweckbestimmung des Baugeldes dem Kreditgeber eine Einrede, sobald die Zession gegen die Zweckbestimmung verstößt.[2]) Dieses Resultat entspricht auch in jeder Weise dem praktischen Bedürfnis. Das Gesetz v. 1. 6. 1909 enthält zwar

[1]) Abraham a. a. O. S. 273ff.

[2]) vgl. RGE. Bd. 38; Friedländer, Abraham und neuerdings Breit.

bezüglich der Zession der Baugelderraten keine ausdrückliche Bestimmung. Doch läßt die Fassung des § 34 des Ges. auf die Möglichkeit der Zession in dem Sinne und dem Umfange, wie er von uns vertreten wird, schließen.

3. Die Frage der Pfändbarkeit der Baugelderraten.

Was nun die Pfändbarkeit des Anspruchs auf Auszahlung der Baugelderraten anbetrifft, so erscheint sie nach § 851 ZPO. unbeschränkt gegeben. Denn der § 851 besagt: „Eine nach § 399 BGB. nicht übertragbare Forderung kann insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist". Die Baugelderraten stellen sich aber beim Baugeldervertrage als einem konsensualen Darlehnsvertrage als geschuldete Geldsummen dar, und diese sind ja „in hervorragendem Maße" der Pfändung unterworfen. Natürlich wird aber auch hier mit Erfolg der Baugeldgeber einer Pfändung entgegentreten können, sobald durch diese das Baugeld der Zweckbestimmung entzogen werden sollte. Die Pfändung ist also nur in demselben Umfange möglich wie die Zession. Die vielfach gegenteiligen Ansichten[1]) sind in erster Linie darauf zurückzuführen, daß der Baugeldervertrag für ein pactum de mutuo dando angesehen wird, wodurch dann allerdings, wie die Zession, so auch die Pfändbarkeit ausgeschlossen ist. In dieser Hinsicht ist Deschamps jedenfalls konsequenter wie Friedländer und auf diesen gestützt Kober-Staudinger, die ja beide den Baugeldervertrag für ein pactum de mutuo dando halten und trotzdem für unbeschränkt pfändbar erklären.

Wenn indes in Seufferts Arch. Bd. 57 Nr. 185 angenommen wird, daß schon die Zweckbestimmung allein jede Pfändung ausschließt, weil „der Pfändungsgläubiger das durch die Pfändung Erreichte sowieso der vertraglichen Zweckbestimmung zuführen müßte und sich auf diese Weise die Pfändung zwecklos und darum unzulässig erweisen würde", so beruht das auf einer Verkennung der tatsächlichen Verhältnisse. Die Entscheidung über-

[1]) vgl. Deschamps a. a. O. S. 903ff.

sieht eben die häufig vorkommende Möglichkeit, daß ebenso wie eine Zession, so auch eine Pfändung nicht der Zweckbestimmung widerspricht.

§ 5.

Die Rechtsstellung der Kontrahenten gegenüber dritten Personen.

Bei der Untersuchung des Wesens des Baugeldervertrages glauben wir auch der rechtlichen Stellung der Kontrahenten gegenüber dritten, mit dem Bau in Beziehung stehenden Personen eine kurze Untersuchung widmen zu müssen. Als solche Personen kommen in der Hauptsache die Baulieferanten in Betracht. Wie wir gesehen haben, bringt es die Eigenart des Baugeldervertrages mit sich, daß sich der in der Regel wenig begüterte Bauherr in einer außergewöhnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit wenigstens bis zur Vollendung des Baues befindet. Dieser Umstand, also Billigkeitsrücksichten, haben es nun in vielen Fällen dahin geführt, daß in der Praxis (Reichsversicherungsamt) in der Person des Baukapitalisten selbst wegen seiner dominierenden wirtschaftlichen Stellung der Bauherr erblickt und so eine Haftung des Kapitalisten gegenüber den Baugläubigern konstruiert wurde. Indes ist diese Praxis rechtlich nicht haltbar. Denn der Bauherr ist und bleibt der Darlehnsnehmer. Seine Befugnis, über die Art und Weise der Bauaufführung zu bestimmen, mag durch einschränkende Vereinbarungen einen geringen Spielraum haben, so daß man sagen könnte, er stehe hinsichtlich des Baues unter der Herrschaft eines anderen. Rechtlich bleibt er indes allein Bauherr. Denn „er ist es, der den Bau für eigene Rechnung entweder mit eigener Hand aufführt oder durch andere aufführen läßt.[1]) Der Umstand aber, daß irgendein Dritter einen vorher genau vereinbarten Vorteil oder Gewinn aus dem den Bau veranlassenden Vertrage zieht, kann dem Bauherrn diese seine Eigenschaft nicht entziehen.

[1]) RGE. Bd. 45 S. 1.

Eine Haftung des Kapitalisten gegen die Baugläubiger kann daher nur durch irgendein Vertragsverhältnis (z. B. Bürgschaft, Kreditauftrag), oder aber, wie wir schon gesehen haben, durch ein deliktisches Verhalten begründet werden.

§ 6.

Fällt der Baugeldervertrag unter die im § 17 KO. bezeichneten Verträge?

Der § 17 KO. lautet: „Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder noch nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen. Der Konkursverwalter muß auf Erfordern des anderen Teils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er dies, so kann er auf die Erfüllung nicht bestehen".

Wie aus dem Wortlaute zu ersehen ist, fallen unter den § 17 nur die sogen. zweiseitigen oder gegenseitigen Verträge. Es ist daher für die Beantwortung der oben gestellten Frage zunächst eine Vorfrage zu erledigen. Es ist festzustellen: Was hat man unter Zweiseitigkeit zu verstehen, und was hat demnach die KO. im § 17, wo sie sich dieses Ausdrucks bedient, damit gemeint. Alsdann wäre zu untersuchen, ob der Baugeldervertrag speziell den Verträgen im Sinne des § 17 zuzuzählen ist.

a) Der Begriff der Gegenseitigkeit.

Der Begriff der Gegenseitigkeit ist in der Konkursordnung nirgends ausgeführt, definiert. Deswegen ist seine Bestimmung eine zivilrechtliche Aufgabe. Ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches liegt nun immer dann vor, wenn durch ihn ein Austausch von Leistungen bezweckt wird, wenn „bei dem Vertrage von vornherein jeder Kontrahent für die

Leistung des anderen ein Äquivalent in einer eigenen Leistung zu geben verpflichtet ist". Leistung und Gegenleistung stehen also beim gegenseitigen Vertrage in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander, und zwar sind sie abhängig in ihrem Bestande, Umfange und ihrer Geltendmachung.[1]) Weisen daher die Verpflichtungen irgendeines Vertrages diese Eigenschaften auf, so ist seine Gegenseitigkeit im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches gegeben. Daraus ergibt sich folgendes: Im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches zählen zu den gegenseitigen Verträgen nicht bloß die notwendig zweiseitigen Verträge, d. h. diejenigen Verträge, die schon durch ihre rechtliche Natur, wie z. B. der Kauf, die Miete, die Gegenseitigkeit mit sich bringen. Für das römische Recht freilich, das auf den abstrakten Geschäftstypus sah, war der Kreis der zweiseitigen Verträge streng geschlossen und auf die notwendig zweiseitigen Verträge eingeschränkt. Er konnte durch Parteidisposition nicht erweitert werden. Nach dem heutigen Recht indes, das mehr auf die Eigenart sieht, fallen unter die Bestimmungen der zweiseitigen Verträge auch die an sich, ihrer rechtlichen Natur nach einseitigen Verträge, wofern bei ihnen nur im konkreten Fall „die eine Leistung gegen eine im Sinne der Kontrahenten gerichtete Gegenleistung" gerichtet ist (z. B. entgeltlicher Verwahrungsvertrag). Natürlich müssen die Verpflichtungen bei solchen Verträgen gleich von vornherein existieren. „Diejenigen ursprünglich einseitigen Vertragsverhältnisse hingegen, bei denen erst später, d. h. während der Fortdauer der kontraktlichen Beziehungen, eine mit der sogen. actio contraria verfolgbare Gegenleistung dem eigentlichen Vertragsobjekt gegenübertritt, sind als ‚unvollkommen zweiseitige Verträge' nicht den gegenseitigen Verträgen anzureihen."[2]) Geschuldet wird ja anfänglich nur eine Leistung. Die andere Leistung aber, die als etwas rein Zufälliges hinzukommt, vermag die ursprüngliche Eigenschaft des Vertrages als eines einseitigen nicht zu ändern.

---

[1]) Krahmer a. a. O. S. 80 Anm. 81.
[2]) Brachmann a. a. O. S. 14.

b) Welche Verträge fallen allgemein unter den § 17?

Da nun, wie schon erwähnt, der Begriff der Gegenseitigkeit sich auch für die Konkursordnung nach dem Zivilrecht bestimmt, so würden demnach auf Grund dieser Ausführungen unter den § 17 KO. alle — auf die Ausnahmen kommen wir noch zu sprechen — im konkreten Falle vollkommen zweiseitigen Verträge fallen und nicht bloß die notwendig zweiseitigen Verträge. Der letzteren, so ziemlich alleinstehenden Ansicht ist nämlich Oetker.[1]) Es ist aber nicht ersichtlich, warum er an dieser römischrechtlichen Formalität festhält, warum der abstrakte Geschäftstypus im heutigen Recht eine solche Rolle spielen sollte. Die ratio legis spricht jedenfalls für die gleichmäßige Behandlung aller gegenseitigen Verträge[2]) und darum auch für die Anwendbarkeit des § 17 auf solche zweiseitigen Verträge, die erst durch Parteiwillen diese rechtliche Eigenschaft erhalten. Auch ergibt sich aus dem Inhalt des § 17 nicht der geringste Grund für eine derartige Einschränkung des Begriffs der Gegenseitigkeit.

Die unvollkommen zweiseitigen Verträge fallen natürlich nicht unter den § 17 und ebensowenig die rein einseitigen Verträge, wie z. B. die Schenkung. Auch zwischen dem Darlehnsversprechen und der künftigen Rückerstattungspflicht wird gewöhnlich „kein unter den § 17 fallendes gegenseitiges Schuldverhältnis bestehen, da die Rückerstattungspflicht beim Darlehn im Zweifel erst durch die Hingabe der res begründet werden wird."[3]) Im Falle des konsensualen Darlehnsvertrages gestaltet sich die Sache freilich anders[4]) (vgl. oben).

Was nun diejenigen zweiseitigen Rechtsgeschäfte anbetrifft, die von den Bestimmungen des § 17 ausgeschlossen und darum nicht zu den im § 17 bezeichneten Verträgen zu zählen sind, so sind es zunächst die den besonderen Vorschriften der §§ 18—24 unterworfenen Verträge (Fixgeschäfte, Miete, Kauf). Ferner fallen nicht unter den § 17 solche zweiseitige Verträge, welche

---

[1]) Oetker, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 14 S. 23.
[2]) v. Sarwey § 17.
[3]) vgl. JurW. 1886 S. 248.
[4]) RGE. Bd. 32 S. 364.

nur durch den Gemeinschuldner persönlich oder an ihn persönlich erfüllt werden können, da ja in diesem Falle eine Vertretbarkeit des Gemeinschuldners, also auch das Wahlrecht des Konkursverwalters ausgeschlossen ist. Schließlich sind noch diejenigen Rechtsverhältnisse ausgenommen, die nach § 25 KO. besonderen, eigens für den Konkursfall gegebenen zivilrechtlichen Bestimmungen unterliegen.

c) Fällt der Baugeldervertrag unter den § 17?

Fällt nun der Baugeldervertrag unter die im § 17 bezeichneten Verträge? Wir haben schon gesehen, daß der Baugeldervertrag in jedem Falle ein gegenseitiger Vertrag ist, mag man ihn nun seiner Konstruktion nach für ein pactum de mutuo dando oder aber für einen konsensualen Darlehnsvertrag halten. Wenn er also nicht zu den obenerwähnten, von den Bestimmungen des § 17 ausgeschlossenen Arten der gegenseitigen Verträge gehört, so steht einer Anwendbarkeit des generellen § 17 auf den Baugeldervertrag nichts im Wege.

Es kann hier indes der § 25 KO. in Erage kommen. Der § 25 besagt: „Soweit rücksichtlich einzelner durch die §§ 18—24 nicht betroffener Rechtsverhältnisse das bürgerliche Recht besondere Bestimmungen über die Eröffnung des Konkursverfahrens enthält, kommen diese Bestimmungen in Betracht". Auf Grund dieser Unterscheidung des § 25 ist demnach hinsichtlich der Einwirkung der Konkurseröffnung auf die gegenseitigen Rechtsgeschäfte zunächst 1. zu erwägen, ob das Rechtsverhältnis durch die §§ 18—24 betroffen ist, in welchem Falle diese Vorschriften denen des bürgerlichen Rechts derogieren; 2. ist das Rechtsverhältnis von den §§ 18—24 nicht betroffen, so kommen vorerst die besonderen, zivilrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung; 3. sind solche nicht vorhanden, so gilt für zweiseitige Rechtsgeschäfte der generell gehaltene § 17.[1])

Was die unter Punkt 1 erwähnten Rechtsverhältnisse anbetrifft, so gehört der Baugeldervertrag nicht zu ihnen. Das Baugelddarlehn wird aber auch nicht durch eine besondere zivilrechtliche Bestimmung für den Fall des Konkurses berührt.

[1]) v. Wilmowski zu § 25.

v. Sarwey hält zwar für eine derartig besondere Bestimmung den § 610 BGB., in welchem dem Darlehnsversprecher im Zweifel der Widerruf gestattet wird, wenn in den Vermögensverhältnissen des Kreditnehmers eine wesentliche Verschlechterung eintritt, wodurch der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird. Denn die „Konkurseröffnung bedeute offenbar in der Regel eine wesentliche Verschlechterung".[1]) Nach v. Sarweys Ansicht würde demnach für den Fall des Konkurses hinsichtlich eines gegenseitigen pactum de mutuo dando auf Grund des § 25 KO. ohne weiteres der § 610 unter Ausschluß des § 17 KO. Platz greifen. Wir haben nun zwar bereits gesehen, daß es fraglich ist, ob der § 610 auf den Baugeldervertrag als einen konsensualen Darlehnsvertrag Anwendung finden dürfte. Indes auch wenn dieses der Fall sein sollte, sind wir mit v. Wilmowski der Meinung, daß der § 610 nicht als eine „besondere, zivilrechtliche Vorschrift im Sinne des § 25 KO. anzusehen ist. Aus dem § 610 erhellt ja nicht, „daß er gerade für den Konkursfall gegeben ist".[2]) Auch für das gegenseitige pactum de mutuo dando würde bei einer Konkursöffnung zuerst der § 17 in Betracht kommen. „Sollte allerdings der Konkursverwalter Erfüllung verlangen, so ist die Einrede aus § 610 an sich zulässig, da der Konkursverwalter auch aus § 17 kein besseres Recht auf Erfüllung als der von ihm vertretene Gemeinschuldner haben kann. Zur Begründung der Einrede aber reicht die Konkurseröffnung allein sicher nicht aus, es muß vielmehr dargelegt werden, daß die Verhältnisse des Gemeinschuldners nach dem Darlehnsversprechen schlechter geworden sind, so daß der Rückzahlungsanspruch gefährdet ist. Gerade der Umstand aber, daß die Aufnahme des Darlehns durch den Konkursverwalter eine Masseschuld begründet, wird vielfach die Gefährdung des Darlehnsversprechens ausschließen.[3]) Spricht somit der § 610 nicht gegen die Anwendbarkeit des § 17 KO. auf den Baugeldervertrag, so kommt natürlich auch der generelle § 328 nicht in Betracht. Dieser würde aber analog dem § 610 anzuwenden sein.

[1]) v. Sarwey a. a. O. § 25.
[2]) v. Wilmowski S. 120.
[3]) v. Wilmowski S. 120.

Während also der § 25 KO. die Einrechnung des Baugeldervertrages unter die im § 17 gemeinten Verträge nicht ausschließt, wird indes in der Regel ein dem Baugeldervertrage charakteristisches Moment die Anwendbarkeit des § 17 nicht zulassen. Wir haben gesehen, daß der Baugeldervertrag als ein gemeinschaftliches Unternehmen, als ein von wirtschaftlichen Gefahren begleitetes Darlehnsgeschäft ein Vertrauensverhältnis unter den Kontrahenten begründet, das einer beliebigen Übertragbarkeit der durch den Vertrag übernommenen Rechte und Pflichten widerspricht. Es ist aber bereits erwähnt, daß unter den § 17 nur solche zweiseitige Verträge fallen können, deren Rechte und Pflichten nicht rein persönlich, sondern vertretbar sind. Insoweit sich daher dieses Vortrauensverhältnis im Einzelfall tatsächlich in den Rechten und Pflichten als höchstpersönlich darstellt, insoweit es demnach auch eine Vertretbarkeit des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter ausschließt, kann der Baugeldervertrag natürlich nicht unter den § 17 fallen. Rein persönlich werden sich aber wohl in der Regel die Rechte und Pflichten des Kreditnehmers als Bauherrn gestalten (vgl. die Ausführungen unter § 4 c). Hat sich insbesondere der Baukapitalsnehmer, der ja gewöhnlich auch Bauunternehmer sein wird, persönlich zur Bauaufführung verpflichtet, so ist ein Infragekommen des § 17 natürlich ausgeschlossen, sobald der Baukapitalsnehmer in Konkurs geraten sollte. Im allgemeinen wird kasuistisch zu entscheiden sein.

Die Frage, ob der Baugeldervertrag unter die im § 17 KO. bezeichneten Verträge fällt, wird demnach zusammenfassend folgendermaßen zu beantworten sein: Als vollkommen zweiseitiger Vertrag, von den §§ 18—24 KO., sowie von einer besonderen, eigens für den Konkursfall gegebenen zivilrechtlichen Vorschrift (§ 25) nicht berührt, würde der Baugeldervertrag an sich unter die in § 17 KO. gemeinten Verträge fallen. Die jedoch in der Regel persönlichen Rechte und Pflichten des Baugeldervertrages werden die Anwendbarkeit des § 17 ausschließen, und insofern ist der Baugeldervertrag auch den Verträgen des § 17 nicht zuzurechnen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 8. Februar 1884 in Janowitz, Kreis Ratibor, als Sohn des am 12. August 1906 verstorbenen Rentners Franz Strzybny geboren und katholischer Konfession, besuchte ich zunächst die Volksschule meines Heimatsortes und seit Ostern 1895 bis Ostern 1904 die Gymnasien zu Ratibor und Beuthen (Oberschlesien), wo ich zu letztgenanntem Termin das Zeugnis der Reife erhielt. Seit Ostern 1904 studierte ich an der Universität Breslau Rechts- und Staatswissenschaft. Vom 1. Oktober 1904 bis 30. September 1905 genügte ich meiner Militärpflicht im Grenadierregiment Nr. 11 in Breslau, dem ich am 18. Dezember 1908 als Offizier der Reserve überwiesen worden bin. Am 18. Mai 1908 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung und am 21. Juni 1908 das Examen rigorosum. Am 30. Mai 1908 wurde ich dem Königlichen Amtsgericht in Guhrau zur Ausbildung und von dort am 1. April 1909 dem Landgericht in Oels zum weiteren Vorbereitungsdienst überwiesen.

Für gütige Ratschläge bei Abfassung der Dissertation bin ich Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Leonhard zu großem Dank verpflichtet.

Johannes Strzybny.